

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA FORMA DE SE EFETIVAR E GARANTIR DIREITOS FUNDAMENTAIS

Paulo Henrique Gonçalves*
Estefânia Maria de Queiroz Barboza**

SUMÁRIO: *Introdução; 1.1 Positivismo Jurídico e sua Crise no Estado Moderno; 1.2 Constitucionalismo e Crise do Positivismo Jurídico Clássico; 2 Jurisdição Constitucional: Um Modo de se Efetivar os Novos Paradigmas Constitucionais; 2.1 Considerações Iniciais; 2.2 Judicialização da Política; 2.3 O Supremo Tribunal Federal Efetivando Novos Paradigmas Constitucionais: Um Estudo de Casos; 2.4 Caso da “Marcha Da Maconha”; 3 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: As recentes mudanças sociais exigem uma análise apurada em relação aos chamados “novos paradigmas constitucionais”. Para tanto, porém, é preciso relembrar fatos históricos e sociais que marcaram a evolução do direito nos últimos séculos. Igualmente, se deve buscar os fatos e doutrinas que contribuíram para a constatação desse fenômeno jurídico. Portanto, é preciso se engendrar um estudo detalhado sobre o direito e suas vicissitudes dentro do contexto social e histórico, para, após, entender o porquê do surgimento desses novos paradigmas constitucionais e sua influência e reflexos na sociedade contemporânea, onde as relações se tornaram cada vez mais dinâmicas, requerendo, para tanto, uma ciência jurídica na mesma sintonia. Depois, ao final, se exporá os argumentos sobre a importância da Jurisdição Constitucional como instrumento para se efetivar esses novos anseios sociais, com especial atenção aos casos concretos julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Natural; Positivismo Jurídico; Constitucionalismo; Crise do Positivismo; Jurisdição Constitucional; Novos Paradigmas Constitucionais.

CONSTITUTIONAL JURISDICTION: A WAY FOR PRODUCING AND WARRANTING FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT: Recent social changes demand an accurate analysis of the so-called

* Mestrando em Direitos Fundamentais e democracia pela Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil – PR; Membro do Núcleo de pesquisa em direitos fundamentais- NUPECONST; Membro da Comissão de Direitos e Liberdades da OAB-PR; Advogado Militante. E-mail: pauloh.goncalves@ig.com.br

** Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR; Docente de direito constitucional dos cursos de graduação e mestrado nas Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil - PR, e de graduação da Universidade Positivo e da pós-graduação da UniCuritiba.

'constitutional paradigms'. However, historical and social facts underscoring the evolution of law during the last centuries should be taken into account. Facts and principles that contributed towards the juridical phenomenon should be forwarded. A detailed study on law and its vicissitudes within the social and historical context should be produced to understand the bases for the emergence of new constitutional paradigms, their influence and reflection on contemporary society. Relationships have become more dynamic and demand a juridical science of equal importance. The arguments on the importance of Constitutional Jurisdiction will be explored so that the new social expectations could be put into practice, especially specific cases judged by the Brazilian Superior Federal Court.

KEY WORDS: Natural Law; Juridical Positivism; Constitutionalism; Crisis of Positivism; Constitutional Jurisdiction; New Constitutional Paradigms.

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: UNA FORMA DE EFECTUARSE Y GARANTIZAR DERECHOS FUNDAMENTALES

RESUMEN: Los recientes cambios sociales exigen un análisis apurado en relación a los llamados “nuevos paradigmas constitucionales”. Para tal, sin embargo, es necesario recordarse hechos históricos y sociales que han puntuado la evolución del derecho en los últimos siglos. Igualmente, se debe buscar los hechos y doctrinas que han contribuido para la constatación de ese fenómeno jurídico. Por lo tanto, se hace necesario engendrar un estudio detallado sobre el derecho y sus vicisitudes dentro del contexto social e histórico, para, después, entender el motivo del surgimiento de esos nuevos paradigmas constitucionales y su influencia y reflejos en la sociedad contemporánea, donde las relaciones se han vuelto cada vez más dinámicas, requiriendo, para tal, una ciencia jurídica en la misma sintonía. Después, al final, se presentarán los argumentos sobre la importancia de la Jurisdicción Constitucional como instrumento para concretarse esas nuevas aspiraciones sociales, con especial atención a los casos concretos juzgados por el Supremo Tribunal Federal.

PALABRAS-CLAVE: Derecho Natural; Positivismo Jurídico; Constitucionalismo; Crisis del Positivismo; Jurisdicción Constitucional; Nuevos Paradigmas Constitucionales.

INTRODUÇÃO

1.1 POSITIVISMO JURÍDICO E SUA CRISE NO ESTADO MODERNO

As primeiras estruturas organizadas socialmente foram engendradas no âmbito familiar, parental. Por questões estruturais, são pactuadas as primeiras ordens, comandos e regras naquele núcleo parental, impondo a cada indivíduo sua missão e, por ventura, caso não fossem observadas tais regras, o indivíduo seria expulso daquela comunidade.³ Portanto, o estabelecimento do que é de cada um conforme sua posição nas relações de parentesco mostra, pois, ainda que primitivamente, a predileção pelo direito como forma rígida de regulação social.⁴ Ainda, nas lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, fatores religiosos também influenciaram bastante naquela estrutura arcaica de formação da sociedade por meio de regras de convivência e distribuição de funções.

Com o avançar das relações sociais, as quais deixaram de ser meramente parentais, a posição do indivíduo deixa de ser apenas familiar. E é com o desenvolvimento comercial que temos as primeiras noções de organização social, centros de mercadorias, organização política e religiosa.⁵

O direito passa a ter primordial função nessa nova estrutura. De mero regulador de comportamentos bons ou maus, passa a desempenhar, agora, um importante papel na regulamentação, por assim dizer, do comportamento desviante da coletividade. Nesse momento, a figura dos especialistas⁶ se torna indispensável (juízes, advogados, tribunais) à progressão sistemática dos anseios daquela sociedade.

Pelo que se pode observar nesse breve introito histórico, não é demais aduzir e perceber que a evolução do direito está intimamente atrelada à evolução da própria ideia de sociedade, isto é, a partir do momento em que as relações parentais transcenderam ao núcleo familiar, elas, por conseguinte, passaram a ter outra dinâmica, sendo imprescindível, portanto, sua regulação, para que as relações comerciais, inclusive, tivessem segurança. Frisa-se que a lógica argumentativa jurídica desse período era escorada no transcendental, sagrado.

3 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito: técnicas, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 53.

4 Idem

5 Ibidem, 2007. p. 55

6 Tércio Sampaio avalia o surgimento dos especialistas, juízes, advogados, à evolução das relações sociais.

Bergel⁷ cita dois consagrados filósofos (Platão e Aristóteles) para ilustrar aquele pensamento. Inicialmente, o autor aponta, sucintamente, os questionamentos realizados por Platão, para quem o direito seria fadado a descobrir o que “é justo entre os homens e na consciência individual, de modo que se impõe uma harmonia entre a justiça e o direito”. Já para Aristóteles, o direito deve ser inserido na harmonia da “ordem natural e se deduz da observação das coisas, dos seres e das sociedades humanas, cuja finalidade e essência devem ser tiradas para determinar o que o direito deve ser”.

Nesse particular, o pensamento de Santo Tomás de Aquino corrobora, pois, para ele, “o direito natural é um reflexo da lei divina eterna que ordena o mundo, objetivava demonstrar que o direito natural procede da lei divina eterna e da lei positiva”.⁸

Nota-se que, em ambos os momentos (estrutura familiar e comercial), a lei deveria atender aos valores de justiça e bondade, quer seja no aspecto de estrutura parental, num primeiro momento, quer seja para reger as relações mais complexas.

Entretanto, o critério transcendental de validade das leis passa a ser combatido em razão da sua abstração excessiva. Explica-se: se as leis eram emanadas de uma ordem divina, recepcionada apenas pelos escolhidos, por que então todos deveriam acatar aquelas ordens, as quais, não raramente, eram consideradas injustas e tendenciosas? O critério “é assim porque Deus ordenou” é ferrenhamente contestado pela classe burguesa (mercadores).

A doutrina positivista estava preocupada em eliminar aquele latente subjetivismo, pois a norma e a sociedade, para aquela doutrina, tinham uma racionalidade universal. O positivismo, então, critica e separa a ideia de direito e religião, direito e sociologia, direito e economia, afirmando que cada uma daquelas ciências tem sua própria lógica, devendo, portanto, serem afastadas da dinâmica do direito.

Já na era Moderna, com o engendramento do ideário de Estado, tem-se a superação dos “agrupamentos sociais”, onde cada um deles tem o seu próprio e particular ordenamento jurídico. A estrutura monista⁹ é a em que o Estado concentra em si todos os poderes e não “concorre para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, diretamente através da lei, ou indiretamente através do re-

7 BERGEL, Jean Louis. **Teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

8 BERGEL, op. cit., 2006, p. 12.

9 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícones, 2006. p. 27.

conhecimento e controle de normas de formação consuetudinária”.¹⁰ A criação do direito passa da sociedade civil organizada para o Estado.

O direito passa por mudanças consideráveis e sensíveis. Nesse momento, por exemplo, um juiz, ao decidir sobre um litígio, não poderia aplicar, como ocorria na percepção *jusnaturalista*, normas e conceitos que transcendiam ao direito escrito, abstendo-se dos princípios de equidade e de razão. O direito passa a ser vinculado à lei escrita, é o que se conhece por técnica de subsunção mecânica: fato, lei e subsunção à norma.

Assim, o Estado como fonte única de criação do direito, leis, é a lógica que alicerçou a doutrina jurídica por muito tempo, embora diversos autores na época tecessem críticas em detrimento dessa postura onipotente do Estado Moderno.

Nesse particular, destaca-se o apontamento de Bergel:

O direito mostra-se então uma disciplina autônoma que se identifica com a vontade do Estado do qual é a expressão. Não poderia, portanto, haver conflito entre o direito e o Estado que é sua fonte única e cuja evolução ou cujas mutações acarretam variações correspondentes do direito. O direito se reduz a um fenômeno estatal e amide à arbitrariedade do poder ou à política da força. Essas doutrinas tiveram em geral como origem as incertezas geradas pela diversidade dos direitos positivos e pela impressão de que toda ideia imutável e universal do justo é, em consequência, artificial.¹¹

O Estado absolutista tenta demonstrar que, monopolizar a criação das leis, trará uma segurança jurídica nas relações sociais. E mais, que é preciso se desvincular das incertezas e imprecisões do direito natural. O critério de *ser ou não ser justa* uma determinada lei é afastado. Vale o que o Estado legitimado cria e nada a mais.

Ferrajoli aduz que “*el Estado de Derecho moderno nace, con la forma del Estado legislativo de derecho, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como critério exclusivo de identificación del derecho válido*”¹². Isto significa dizer que o critério do justo é sucumbido à época.

Entramos, nesse momento, na vigência do princípio da legalidade, onde o critério de validade do direito está intimamente ligado à criação de tais normas por um poder constituído politicamente, o Estado.

10 Idem

11 BERGEL, op. cit., 2006, p. 13

12 FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro Del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003. p. 19

Todavia, assim como se argumentou que a ausência de segurança jurídica trazia, naquele momento, incertezas sociais, verificar-se-á, igualmente, que a lógica proposta pelo positivismo também encontrará pontos vulneráveis, capaz, inclusive, de legitimar mazelas sociais não experimentadas outrora.

1.2 CONSTITUCIONALISMO E CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO CLÁSSICO

Para Ferrajoli,¹³ a afirmação do Estado moderno não ocorreu, essencialmente, em função da efetividade do princípio da legalidade, mas também com o surgimento das Constituições rígidas e escritas, hierarquicamente superiores às leis e normas estabelecidas. Então, as normas anteriormente ligadas ao *iuspositivismo* passam a ter outro critério de validade, ou seja, podem ser formalmente válidas, porém substancialmente inválidas se estiverem em contraste com as normas constitucionais.

Tem-se, portanto, o início do controle de constitucionalidade das normas postas. O caráter irrefutável da segurança jurídica do positivismo jurídico é sopesado com fulcro numa constituição rígida e, com as devidas proporções, principialista. É, sem embargos, uma retomada, ao nosso sentir, ao direito natural estrito, não aquele cristão, mas, sim, aquele dotado de princípios éticos, morais.

A transposição do Estado Legislativo, incapaz de atender aos grandes desafios da sociedade, para o Constitucional foi marcado pelos movimentos europeus de constitucionalização do direito. É o que afirma Fioravanti, para quem o surgimento do Estado constitucional se iniciou no século XX com a entrada em vigor das constituições democráticas, que permitiram uma mudança do Estado de Direito para o Estado Constitucional, o qual *“del presente retoma su vocación pluralista, como también el papel protagonista de la jurisdicción, indispensable para el equilibrio del conjunto, que ciertamente no puede ya encerrarse en la simple aplicación de la ley a los casos concretos”*.¹⁴

A metodologia mecanicista entre formulação de lei e aplicação pelo juiz é evidentemente contestada. O fundamento de validade das leis passa a ter novos traços. Respeitar apenas os critérios formais de elaboração de leis não alcança mais os anseios da sociedade à época. É preciso se atentar ao conteúdo dessas normas,

13 Idem

14 FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitucion. In: EL ESTADO moderno en Europa: instituciones y derecho. Madrid: Trotta, [19--?]. p. 28.

que devem estar em sintonia com os anseios e princípios encartados em uma determinada constituição rígida.

Outro aspecto histórico que mitiga e põe em crise o positivismo jurídico clássico é a ocorrência de duas Guerras mundiais¹⁵. Isso porque, após inúmeras violações e aviltamentos de direitos humanos, os países europeus passam a engendrar uma nova concepção de direito. Ora, se um dos fundamentos do positivismo jurídico clássico é justamente separar o direito da moral, após aquele período de atrocidades, buscou-se repensar esses critérios e argumentos. Era preciso racionalizar os critérios de validade das leis.

O período pós-guerra foi marcado, então, pelas crescentes doutrinas de proteção à dignidade da pessoa humana, bem como pela positivação, no plano interno, de seus fundamentos, configurando-se os direitos fundamentais. As constituições não eram mais emanadas apenas de um soberano ou de um determinado poder constituído politicamente. A vontade do povo passa a ter grande importância nas formulações sociais. A democracia ganha corpo e sustentabilidade argumentativa em virtude das atrocidades experimentadas outrora pelos Estados autoritários.

Corroborando com os argumentos supra, cita-se Écio Duarte, segundo o qual:

A mudança do cenário histórico-institucional provado pela I Guerra Mundial produziu faticamente no momento pós-guerra um sentimento de desconfiança nos postulados da neutralidade e da formalidade da lei geral e abstrata, inerentes à conformação do Estado de Direito Legislativo, pois que estes princípios tornaram-se incapazes de acompanhar e de realizar as pretensões e finalidades emergentes da necessária ampliação das funções do Estado advindas do politeísmo dos valores imersos nos processos sociais.¹⁶

Nesse ínterim é promulgada a Convenção Europeia de Direitos Humanos, a qual serve de parâmetro de controle de constitucionalidade em diversos países¹⁷. A busca pelo acato e respeito à moral é fonte de discussão nas elaborações normativas. O conteúdo moral do direito é retomado, rechaçando, portanto, o ideário formalista de normatividade, fruto, não raramente, de aspirações nefastas de ditadores.

15 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas common Law e civil Law na sociedade contemporânea. 2011. 365f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, Curitiba.

16 DUARTE, Ecio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 36.

17 BARBOZA, op cit., p.107.

Uma Constituição meramente formal não é suficiente para atingir os anseios da sociedade em sua plenitude. Passa-se, assim, a se engendrar a busca pelos critérios materiais das constituições, ou seja, o seu conteúdo intrínseco, pois respeitar apenas a construção formal da Constituição foi alicerce de grandes absurdos sociais. Era preciso, naquele momento, buscar novos horizontes e valores a serem encartados nas Constituições.

Para Ferrajoli,¹⁸ ter-se apenas uma Constituição formal não é suficiente para atender aos interesses coletivos. A identidade cultural e social deve estar inserida naquela lei superior. E, se assim for, não haverá espaço para as atrocidades ocorridas no período de Guerra. Até porque, obviamente, a identidade de um povo, com certeza, não é a de se sucumbir, pôr em voga sua própria existência ou paz social.

O surgimento do Estado Constitucional ou do Neoconstitucionalismo é de curial importância na proteção dos direitos fundamentais, aqueles ligados a própria existência da pessoa humana. Para além disso, com a formulação das Convenções de Direitos Humanos, passou-se a aspirar a existência humana não somente por vida, mas que essa seja exercida de forma digna.

Herrera Flores explica esse momento histórico e teórico:

Os direitos humanos se converteram no desafio do século XXI. Um desafio que é ao mesmo tempo teórico e prático. Ninguém pode negar o gigantesco esforço internacional realizado para se formular juridicamente uma base mínima de direitos que alcance todos os indivíduos e formas de vida que compõem a ideia abstrata de humanidade. Basta citar textos internacionais como a declaração sobre direitos sociais e o Pacto Internacional sobre direitos civis, para que tenhamos uma boa prova do que dizemos. Desde 1948 até nossos dias, assistimos cotidianamente a esse trabalho levado a cabo pela comunidade internacional para que os seres humanos possam controlar seus destinos.¹⁹

Nota-se que aquela ideia primária do positivismo jurídico citada por Bobbio²⁰ (conjunto de leis aplicáveis num determinado território emanado de uma autoridade política) é ativamente criticada e, sobretudo, mitigada.

Foi preciso buscar novos fundamentos à dinâmica social. Momento em que surgem outros paradigmas antes não enfrentados pelo direito.

18 FERRAJOLI, op. cit., 2003, p.16.

19 FLORES, Joaquim Herrera. A (re)invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 30.

20 BOBBIO, op. cit., 2006, p.21.

Comanducci aduz que os Estados começaram a buscar a elaboração de um Constitucionalismo forte, cujas características principais, segundo o autor, “es la ideologia que requerer um Constitucionalismo para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal”.²¹

Constata-se que, desde o findar das Guerras Mundiais, o direito constitucional teve uma redefinição de seus paradigmas. A submissão e o respeito do Estado à efetivação da pessoa humana e sua dignidade tornam-se, dentro daquela perspectiva, fundamentos da própria sociedade.

É nesse cenário que nasce o Neoconstitucionalismo, ou melhor, o próprio Constitucionalismo, já que embora muitos países tivessem uma constituição formal, não havia, necessariamente, um Constitucionalismo forte.

Mas o que tal fenômeno significa? Significa que, apenas o critério de subsunção positivista, não mais atende aos anseios sociais, isso porque, com o surgimento do Constitucionalismo, valores morais são encartados no ordenamento jurídico em forma de direitos fundamentais, princípios.

Quanto à importância dos princípios no engendramento do Constitucionalismo moderno, vale citar os apontamentos de Lênio Luiz Streck:

E, a propósito, não devemos esquecer que os princípios vieram justamente para superar a abstração da regra, desterritorializando-a de se locus privilegiado, o positivismo. Os princípios (constitucionais) possuem um profundo enraizamento ontológico (no sentido da fenomenologia hermenêutica), porque essa perspectiva ontológica está voltada para o homem, para o modo de esse homem se-no-mundo, na faticidade. [...] É por ela que o positivismo está invalidado no mundo prático.²²

O Constitucionalismo contemporâneo é evidenciado pela superação do Estado de Direito legalista, característica do liberalismo, pois há evidente limitação da atividade Estatal não somente pelas regras, mas, agora, também por princípios.

Dworkin também critica aquela posição legalista clássica, pois “o positivismo não chega a enfrentar esses casos difíceis e enigmáticos que nos levam à procura de teorias do direito. Quando lemos esses casos, o positivismo nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar algum e nada nos diz”.²³

21 COMMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: um análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003. p. 117.

22 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

23 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 38.

Ora, pelo que se pode observar até o momento, a concepção clássica do direito, engendrada pelo positivismo, não é capaz de atender a dinâmica social contemporânea. Seu aspecto tecnicista de subsunção é posto em xeque frente às novas discussões atinentes ao direito Constitucional.

As mudanças produzidas pelo Constitucionalismo, conforme aventado alhures, acarretam, nos tempos atuais, uma alteração dos paradigmas constitucionais. O direito constitucional, agora, é instrumento de emancipação do próprio Homem, e, como tal, deve ser dinâmico, por isso não pode ficar atravancado num formalismo tecnicista.

Para Duarte o direito contemporâneo “é preenchido densamente por conflitos éticos os quais tornam indissociáveis o discurso jurídico e o discurso jurídico moral”²⁴ Então, se assim for, será que o positivismo dará conta de todas essas novas discussões engendradas no contexto jurídico e social? Em virtude dessa crescente dinâmica social, será que todos os anseios sociais poderão ser atingíveis dentro dessa lógica estritamente formal de estrutura de normas? Será que, no caso concreto, o juiz poderá aplicar uma interpretação moral dos direitos a ele colocado *sub judice*? O Constitucionalismo contemporâneo permite tal interpretação? Se assim agissem, os juízes estariam criando normas constitucionais inovadoras ou apenas aplicando seu conteúdo moral?

Destarte, no próximo tópico, veremos a importância do ativismo judicial para efetivação desses novos paradigmas Constitucionais, já, não raramente, apenas no caso concreto teremos a real dimensão da complexidade desse fenômeno.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UM MODO DE SE EFETIVAR OS NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para iniciar nossos apontamentos, cita-se, a propósito, a doutrina de Duarte atinente a importância da jurisdição constitucional para aproximação entre direito e moral:

O neoconstitucionalismo exige dos operadores jurídicos cada vez mais a elaboração de juízos de adequação e juízos de justificação com natureza ética ao lado das técnicas estritamente subsuntivas-

24 DUARTE, op. cit., 2003, p. 34.

jurídicas. Denunciando o equívoco da tese da discricionariedade judicial própria do positivismo jurídico clássico (é dizer, no sentido forte), a tese neoconstitucionalista do judicialismo ético—jurídico propugna que a dimensão de justiça pretendida pela aplicação judicial comporta a conjugação de elementos éticos aos elementos estritamente jurídicos, confluindo, portanto, à fixação da tese da conexão entre direito e moral.²⁵

Os argumentos alhures demarcam, por assim dizer, a estrutura dogmática, teórico e social do Direito Constitucional contemporâneo, a saber, calcado em aliterces principiológicos fundamentados nos direitos humanos.

Pois bem, tendo em vista as novas celeumas sociais, pergunta-se: a quem competiria definir o conteúdo daquela Moral? Essa discussão tem grande valia na atualidade, sobretudo se analisarmos o momento histórico social que estamos vivenciando no Brasil, em que se discute a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos, fidelidade partidária, ficha limpa, marcha da maconha etc..

Todavia, preliminarmente, far-se-á uma breve introdução acerca do nominado ativismo jurídico ou judicialização da política.

2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O período de pós-guerra foi marcado por uma nova sistemática jurídica: o enfrentamento dos conteúdos morais pelo direito. A princípio, o poder judiciário é chamado para dirimir essas questões, já que está intimamente ligado aos casos concretos que envolvem tal temática.

Se o modelo tecnicista do positivismo foi esquecido, então qual será a nova sistemática vigente agora? Ora, na medida em que o conteúdo relacionado à moral é excessivamente complexo, apenas a partir da resolução dos casos concretos é que teremos a real noção de suas vicissitudes práticas. Por isso, nota-se a importância da jurisdição constitucional nesse aspecto.

Todavia, necessário se faz apontar algumas dificuldades para o “exercício” do ativismo do poder judiciário. Isso porque, ainda assombrado pela teoria positivista, critica-se o caráter demasiadamente subjetivista e, por conseguinte, a falta de segurança jurídica em se levar uma demanda de grande complexidade ao judiciário para que esse possa, efetivamente, esmiuçar o conteúdo moral de certos direitos.

25 DUARTE, op. cit., 2003, p. 67.

Citam-se, por oportuno, os apontamentos realizados por Estefânia Barboza nesse particular:

Diversos países vêm adotar constituições democráticas com catálogos de Direitos Fundamentais- como aconteceu no Brasil com a Constituição Federal de 1988- ou incorporar documentos internacionais para proteção dos direitos humanos. A mudança de aplicar nas estruturas jurídicas do sistema de civil Law para dar primazia aos direitos humanos fundamentais altera substancialmente o papel da jurisdição constitucional na interpretação do direito, na medida em que não é possível uma definição a priori desses direitos. Ou seja, em que pese muitas vezes estarem expressos num documento escrito, não há como prever o resultado de sua interpretação no caso concreto.²⁶

Nessa nova sistemática jurídica vê-se que o papel do Poder Judiciário, mais precisamente da jurisdição constitucional, se reveste de importância significativa no cenário jurídico e, também, político contemporâneo.

Nesse diapasão, o presente estudo visa indicar os fundamentos que validam a atuação da jurisdição constitucional como forma de efetivação desses novos anseios sociais.

De outro lado, Suzana Pozzolo também nos alerta acerca dessa nova sistemática jurídica, já que, parece indiscutível, que o Constitucionalismo moderno exige mais esforço argumentativo do intérprete, pois “o direito se torna mais fluído e diminui as áreas de certeza e, simultaneamente, aumenta o encargo da jurisprudência.”²⁷

Para, além disso, destaca-se, igualmente, as dificuldades encontradas no Poder Legislativo para disciplinar determinadas matérias, sobretudo aquelas menos atraentes do ponto de vista político, como é o caso do aborto, da eutanásia, relação homoafetiva, descriminalização das drogas, fidelidade partidária, moralidade política, entre outros assuntos de extrema relevância social e que se mostram desagradáveis do ponto de vista político. Esse é outro impasse para efetiva concretização de diversos direitos fundamentais.

Então, como ficará a discussão e regulamentação desses novos paradigmas, os quais, não raramente, estão entrelaçados com direitos fundamentais? Será que o parlamento estará apto a esmiuçar em suas entranhas esses temas tão polêmicos na sociedade? Se tais assuntos são indelicados do ponto de vista político, quem estará legitimado a garantir e proteger tais direitos?

²⁶ BARBOZA, op. cit., p. 73.

²⁷ POZZOLO, Suzana. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2003. p. 120.

É por isso que se defende o ideário que esses assuntos e temas somente serão efetivados se tivermos uma jurisdição constitucional garantidora, que esteja desarraigado de qualquer pressão política, partidária ou econômica.

Não se avenge, também, o fato de referida atividade jurisdicional atingir a clássica teoria da separação dos poderes como forma de garantia da estrutura legalista do Estado. Pozzolo é firme ao mencionar que é importante, agora, considerar a jurisprudência, procurar a função no âmbito de uma “visão que abandonou o mito de uma jurisprudência meramente aplicativa de um ditado legalista pronto para o uso, mas que ao mesmo tempo não quer abandonar a doutrina da separação dos poderes com todas as suas garantias”.²⁸

Não se trata, assim, de um afastamento injustificado das garantias jurídicas proporcionadas pela clássica doutrina da separação dos poderes, nem mesmo um ataque à democracia, cujos argumentos contra esse ativismo judicial gravitam, em síntese, na falácia uma crise de legitimidade pelo judiciário no processo de “criação das leis” ou regras, e, sim, de uma forma plausível para proteção de direitos fundamentais através da jurisdição constitucional. Portanto, garantir a fruição de seus direitos é, efetivamente, a prática da democracia, que também é representada pela minoria.

John Hart Ely é categórico ao afirmar que “a tarefa mais difícil foi, e continua sendo, a de criar maneiras de proteger as minorias sem tirania da maioria, sem incorrer numa contradição com o princípio do governo majoritário”.²⁹ Contudo, conclui seu pensamento aduzindo que uma maioria totalmente livre é perigosa para agir; então, talvez, “a constituição não escrita por parte das autoridades não eleitas seja a resposta adequada numa república democrática”.³⁰

É nesse impasse que se defende que tais direitos, não raramente, somente são garantidos e efetivados no âmbito da jurisdição Constitucional por vias específicas de garantia (Ação Direita de Inconstitucionalidade, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental etc).

Ora, se apenas uma maioria representada tivesse instrumentos de garantia de seus direitos fundamentais, aqueles que estivessem fora sucumbiriam, em um verdadeiro ato de atrocidade jurídica. O que já ocorreu na história, conforme se observou nas linhas inaugurais desse texto.

28 POZZOLO, op cit., 2003, p. 134.

29 ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 12

30 Ibidem, 2010, p. 13.

Portanto, o Poder Judiciário, na atualidade, se mostra como importante instrumento para garantir a fruição dos direitos fundamentais das nominas minorias, ou até mesmo não sendo assim considerada, todavia, ainda, não tenham seus direitos efetivados, mesmo sendo eles considerados fundamentais.

Veremos, no próximo tópico, como esses direitos somente são garantidos, muitas vezes, através da jurisdição constitucional, sobretudo na figura do Supremo Tribunal Federal.

2.3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EFETIVANDO NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS: UM ESTUDO DE CASOS

Tornando nosso estudo mais prático, passaremos a analisar alguns acórdãos do Supremo Tribunal Federal que tiveram como plano de fundo ou até mesmo explícito, a busca pelo conteúdo moral dos direitos fundamentais.

Ainda, buscaremos na doutrina de DWORKIN argumentos que corroboram com o objeto de estudo em análise: a importância da jurisdição constitucional na efetivação dos novos paradigmas constitucionais.

De início, citam-se, dentre os vários argumentos pulverizados por DWORKIN, aqueles que auxiliam a fundamentação teórica do presente artigo. Vejamos, para o autor citado:

As teorias da decisão judicial tornam-se mais sofisticadas, mas as mais conhecidas ainda colocam o julgamento à sombra da legislação. Os contornos principais dessa história são familiares. Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática. As leis e regras do direito costumeiro (*common Law*) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos direitos [...]. Portanto, os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa criação simulada ou explícita.³¹

Embora Dworkin esteja tecendo comentário dentro da lógica da *common law* e que, naquele sistema, não se tenha uma constituição escrita, dentro do cenário brasileiro, embora tenhamos uma Constituição escrita e rígida, o seu conteúdo também é demasiadamente vago.

31 DWORKIN, op. cit., 2010, p. 128.

Senão vejamos: O que se pode entender por vida, dignidade humana, moralidade pública, liberdade de expressão, liberdade de pensamento, saúde. Qual é o conteúdo de cada um desses temas?

Diversas são as discussões acerca dos temas propostos. A título de exemplo, menciona-se a celeuma jurídica existente em relação ao aborto. De uma quadra aqueles que acreditam que a vida, a partir da concepção, não pode ser interrompida. Outros, refutando aqueles argumentos, pulverizam a ideia que a mulher é dona de seu próprio corpo e, por isso, teria a faculdade de querer ou não praticar o aborto. Se essa discussão for levada para o cenário político, é óbvio que as bancadas religiosas iriam, com toda certeza, refutar a possibilidade de se praticar o aborto. Mas a questão vai além. E naqueles casos de fetos anencefálicos em que a mãe não quer gestar a criação por não haver possibilidade de sobrevivência do feto? Como fica a dignidade dessa mãe? A vida e a dignidade humana entram num embate moral extremo.

E, como se sabe, o Poder judiciário, nesse caso específico, foi invocado para dar conteúdo daquele tema, esmiuçar seus limites, pois, pressões políticas retiram a lisura do Parlamento para regular o assunto.

O Supremo Tribunal Federal julgou o mencionado caso, conferindo, as mães de fetos anencefálicos, o direito de interromper a gestação naqueles casos. E o argumento utilizado por vários Ministros foi, justamente, a preservação da dignidade da pessoa humana em relação à gestante. Nota-se que o conteúdo moral foi esmiuçado por meio da jurisdição constitucional.

Diversos outros assuntos de repercussão social já tiveram o seu conteúdo esmiuçado pela Suprema Corte brasileira. Dentre eles podemos citar a liberdade de expressão, pesquisa com células embrionárias, moralidade política, intimidade entre outros de igual importância.

Mesmo assim, abordaremos especificamente apenas um caso para corroborar com os argumentos aqui encartados: o caso da “marcha da maconha”.

2.4 CASO DA “MARCHA DA MACONHA”

Indicaremos, nesse trabalho, a análise dos argumentos encontrados especificamente no voto do Ministro Celso de Melo no julgamento da Arguição de Des-

cumprimento de Preceito Fundamental 184/2011³² proposta no Supremo Tribunal Federal.

Em resumo, essa medida tinha como objeto de discussão o direito de reunião e a liberdade de manifestação do pensamento em relação à “marcha da maconha”.

Como é cediço, recentemente passamos por acirradíssimas discussões acerca da legalização do uso da substância entorpecente conhecida vulgarmente como “maconha”.

Grupos simpatizantes da proposta se organizaram em diversas regiões do Brasil e se reuniram, em praças públicas, para reivindicar a *abolitio criminis* em relação ao consumo daquela substância entorpecente, especificamente. Contudo, para enorme surpresa desses grupos, diversos de seus integrantes foram presos com incurso no art. 287 do Código Penal por estarem, em tese, fazendo apologia ao crime, pois, como sabemos, o tráfico de drogas é um tipo penal encartado no art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Vale indicar que a população brasileira, em geral, é contra a indigitada “marcha da maconha”, talvez, a nosso ver, pelo problema social que vivemos atualmente em virtude dos efeitos avassaladores que as “Drogas” acarretam à sociedade brasileira³³. De outra quadra, também, temos os conservadores e religiosos que, não diferente, rechaçam a pulverização desse grupo.

No entanto, analisando o contexto jurídico, aquelas prisões foram impugnadas pelos organizadores da marcha, pois, segundo eles, a “Marcha da Maconha” não fita instigar ou incitar a apologia ao crime, mas, sim, exercer seus direitos fundamentais à reunião e a liberdade de manifestação do pensamento.

Isoladamente, os reivindicantes que foram presos, tiveram êxito ao serem postos em liberdade através do remédio heroico do *Habeas Corpus*³⁴. Porém, era preciso dar um conteúdo amplo ao fato. O caso, em particular, tinha proporção

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400195&tipo=TP&descricao=ADPF%2F187>>. Acesso em: 14 maio 2012.

33 Basta acompanhar os noticiários para percebemos que a sociedade e o Estado buscam juntos medidas para combater o narcotráfico e, também, o consumo de drogas no país. Políticas públicas estão sendo engendradas para diminuir as consequências sociais do tráfico.

34 Habeas Corpus. Marcha da maconha. Direito de livre expressão de pensamento. Tendo em vista que a marcha da maconha, evento em que pretendiam os impetrantes ver assegurado o direito de livre expressão de pensamento dos seus participantes, já se realizou em 08.05.10, resta prejudicado o exame do mérito do *Habeas Corpus*, por perda de objeto. (Hc nº 70036328334, sexta Câmara Criminal de Porta Alegre)

nacional, vez que diversos Estados tiveram movimentos organizados imbuídos no mesmo afã.

O grande cerne da questão era perceber o limbo jurídico que diferenciava um ato criminoso, apologia ao crime, de um exercício de direitos fundamentais, reunião e expressão do pensamento. Um entendimento errôneo mudaria totalmente a concepção fática do ato.

Obviamente que estávamos diante de um *hard case* (caso difícil) de conteúdo moral complexo. O caso em tela é eminentemente desagradável do ponto de vista político. Bancadas parlamentares, por aspirações particulares, manifestavam-se contrariamente aquele movimento. Assim, conforme aventando no presente trabalho caberia à jurisdição constitucional, por meio de um ativismo judicial desprendido de valoração ideológica, enfrentar esse novo paradigma constitucional. E assim o fez.

Ao analisar a ADPF 184/2011, o relator, Ministro Celso de Mello esmiuçou conteúdo paradigmático do caso *sub judice*: direito à reunião e liberdade de expressão em se tratando da “*Marcha da Maconha*”: direitos fundamentais, propriamente.

Passamos, então, a análise de alguns trechos do voto exarado pelo Ministro Celso de Melo:

Tenho para mim, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal defronta-se, no caso, com um tema de magnitude inquestionável, que concerne ao exercício de duas das mais importantes liberdades públicas – a liberdade de expressão e a liberdade de reunião – que as declarações constitucionais de direitos e as convenções internacionais – como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (Artigos XIX e XX), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Arts. 13 e 15) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 19 e 21) – têm consagrado no curso de um longo processo de desenvolvimento e de afirmação histórica dos direitos fundamentais titularizados pela pessoa humana.³⁵

Nota-se que o Ministro relator traz a lume argumentos que marcaram a transposição do Estado de Direito, marcado por um positivismo clássico exacerbado, para o Estado Constitucional, caracterizado por um Constitucionalismo forte de proteção aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, conforme já aduzido nessa pesquisa.

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400195&tipo=TP&descricao=ADPF%2F187>>. Acesso em: 14 maio 2012

Não obstante, é notório que o caso é cercado por aspectos e argumentos sociais de valoração elevada. De um ponto aqueles que acreditam “ser a marcha da maconha um ato de apologia ao crime”, portanto seus idealizadores devem ser punidos com fulcro no tipo penal encarta no Código Penal, critério de subsunção clássica. Por outro viés, temos a banda daqueles que defendem o exercício do direito à reunião e, sobretudo, da manifestação do pensamento, raciocínio alcançado por meio dos princípios constitucionais.

Se ainda estivéssemos regidos por um Estado legalista, obviamente que tal discussão estaria encerrada: punir-se-iam os infratores, pronto!

Entretanto, na vigência ideológica de um constitucionalismo forte, protegido por uma jurisdição constitucional no mesmo nível, a discussão ganha outras proporções. Não basta, para dirimir a questão, analisar o fato em sua superfície: estão fazendo passeatas em favor da legalização da maconha. A maconha é proibida, logo estão pulverizando a apologia ao crime. Há outros aspectos que devem ser sopesados, e, por isso, a temática se torna complexa.

Em outra passagem do seu voto, relator afirma:

Impõe-se, desse modo, ao Estado, em uma sociedade estruturada sob a égide de um regime democrático, o dever de respeitar a liberdade de reunião (de que são manifestações expressivas o comício, o desfile, a procissão e a passeata), que constitui prerrogativa essencial dos cidadãos, normalmente temida pelos regimes despóticos ou ditatoriais que não hesitam em golpeá-la, para asfixiar, desde logo, o direito de protesto, de crítica e de discordância daqueles que se opõem à prática autoritária do poder.³⁶

Dessa feita, o cenário argumentativo é rodeado por princípios de conteúdo aberto: democracia, liberdade de reunião, prerrogativas essenciais dos cidadãos etc. Para o Ministro, o exercício dessas prerrogativas, inclusive, é instrumento de proteção contra regimes despóticos e ditatoriais.

Vê-se que os argumentos são robustos, vão além da mera apreciação de subsunção normativa. Envolvem-se novos paradigmas constitucionais e, por isso, deve-se buscar uma argumentação contemporânea, de modo a suprir os anseios da sociedade.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400195&tipo=TP&descricao=ADPF%2F187>>. Acesso em: 14 maio 2012

Para finalizar, analisando os critérios internos e externos dos argumentos elencados no voto do Ministro Celso de Mello, é oportuno colacionar parte do acórdão que guarda estreita relação com os argumentos lançados ao longo desse trabalho. Senão vejamos:

Na realidade, Senhor Presidente, esse tema acha-se, intimamente associado ao presente debate constitucional, pois concerne ao relevantíssimo papel que ao Supremo Tribunal Federal incumbe desempenhar no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, até ADPF 187 / DF 25 mesmo, contra abusos perpetrados pelo próprio Poder Público e seus agentes. Tal situação culmina por gerar um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática das instituições do Estado, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários. Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação, de injusta exclusão, de repressão e de abuso contra os seus direitos.³⁷

Acertadamente, o Ministro nos alerta para o fato de que o Estado tem que ter instrumentos de proteção das minorias, mesmo que tal ato agrida ou se contraponha à vontade majoritária. Outro aspecto de relevante importância é a evidência que o Celso de Mello atribui ao papel da jurisdição constitucional, do ativismo judicial como forma de efetivação dos novos paradigmas constitucionais.

Assim, através da análise do acórdão³⁸ citado, nota-se a irrefutável necessidade de uma jurisdição constitucional para efetivação dos novos paradigmas cons-

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400195&tipo=TP&descricao=ADPF%2F187>>. Acesso em: 14 maio 2012.

38 Veja-se o dispositivo final do acórdão: Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas e garantindo a todas as pessoas o exercício dos direitos fundamentais de reunião e de livre manifestação do pensamento, tais como assegurados pela Constituição da República, julgo procedente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar, ao art. 287 do Código Penal, interpretação conforme à Constituição, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”

titucionais, que, nesse caso concreto em análise, passou a excluir a penalização daqueles que lutam pela legalização das drogas, garantindo, assim, o exercício ao direito de reunião e livre manifestação do pensamento, não se limitando à técnica de subsunção mecânica; ao revés, se utilizou dos princípios constitucionais para garantir direitos fundamentais.

Por último, vale consignar que não houve a criação de um novo direito, mas, sim, uma interpretação constitucional de um novo paradigma constitucional, a saber: se a defesa pela descriminalização das drogas é apologia ao crime ou exercício de um direito fundamental. *In casu*, decidiu-se pelo segundo aspecto e, diga-se, acertadamente, tendo em vista os novos anseios sociais devem ser protegidos, ainda que seja contramajoritária a decisão.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de Direito defendido pelo positivismo jurídico clássico, conforme se observou ao longo dos argumentos ventilados, ausenta-se na resolução dos assuntos mais engendrados na sociedade atual em que vivemos: complexa e dinâmica. Desse modo, dentro dos critérios e aspectos defendidos pela doutrina neoconstitucionalista ou por meio de um Constitucionalismo forte, exige-se, ao menos, uma reinvenção dos critérios de sopesamento aos direitos pré-estabelecidos pela doutrina clássica engendrada pelo positivismo jurídico.

Após a superação do Estado de Direito, fora encartada nas Constituições contemporâneas, em resposta aos períodos de atrocidades advindas das Guerras, uma mudança paradigmática quanto aos direitos fundamentais, os quais, de acordo com determinadas doutrinas, foram inseridos nas Constituições com a busca pela proteção dos direitos humanos e, sobretudo, pela proteção da dignidade humana.

Deste modo, tendo em vista a importância que os direitos fundamentais assumem nas entranhas dos Textos Constitucionais contemporâneos, é de elementar importância o estudo dos novos paradigmas constitucionais, os quais, não raramente, estão aliados aos conceitos primários de moral.

A dinamicidade da sociedade passa requerer novos argumentos em relação à lógica constitucional. Não se deve, um fulcro apenas em uma ilusória segurança jurídica, deixar num limbo jurídico as pessoas que fazem parte dessas novas sistemáticas (relação homoafetiva, estudo com células embrionárias, marcha da maconha, testamento vital).

O que se busca defender não é a injustificada criação de normas através do ativismo judicial e, sim, uma releitura moral em relação ao enfrentamento desses fatos, ou melhor, dos novos paradigmas constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia, 2007. [s.l.]: Fórum, 2007.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas common Law e civil Law na sociedade contemporânea. 2011. 365f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, Curitiba.

BERGEL, Jean Louis. **Teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Icone, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?i-d=400195&tipo=TP&descricao=ADPF%2F187>>. Acesso em: 14 maio 2012.

COMMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: um análise metateórico In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2003.

DUARTE, Ecio Oto Ramos; POZZOLO, Suzana. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. Madrid: Trotta, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010

FERRAZ JUNIOR, Tércio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito**: técnicas, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2007.